

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-ЖА V. TRSTENJAK

представено на 4 юни 2008 година¹

1. Преюдициалното запитване на Conseil d'État (Белгия) се отнася до приложното поле на общественото право на обществените поръчки. Целта му е да се установи дали общественото право на обществените поръчки се прилага, когато административно-териториална единица, в случая община, делегира управлението на мрежата за разпространение на телевизионни програми на орган, който представлява структура за чисто междуобщинско сътрудничество² с участието на споменатата община и без участие на частен капитал. В конкретния случай се касае за междуобщинско сътрудничество под формата на кооперативно дружество и въпросите на препращащата юрисдикция се отнасят до първия от двата т.нар. критерии Teskal: „Контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените служби“.

разпространение Coditel Brabant SPRL (наричано по-нататък „Coditel“) е жалбоподател по делото срещу трима ответници: Община Uccle (наричана по-нататък „Общината“), кооперативно дружество Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (наричано по-нататък „Brutélé“) и регион Брюксел-столица, представяван от правителството си.

I — Правна уредба

A — Общностно право

2. В спора по главното производство белгийското дружество за телевизионно

3. Член 12, параграф 1 ЕО гласи:

„В обхвата на приложение на настоящия договор и без да се нарушават специалните разпоредби, съдържащи се в него, се забранява всякаква дискриминация на основание гражданство.“

¹ — Език на оригиналния текст: немски.

² — Понятието „междообщинско сътрудничество“ или „съвместна работа на общини“ обхваща много различни форми на административно сътрудничество, които от правна гледна точка могат да имат както неформален, така и формален характер (вж.: Schmidt, *Kommunale Kooperation, Der Zweckverband als Nukleus des öffentlichen Gesellschaftsrechts*, Tübingen 2005, p. 2 et seq.); то се простира от обикновените съвместни проекти на общини до по-мощни правно институционализирани форми, като например сдружения на общини или кооперативни дружества. Вж. също понятието „смесено публично дружество“ или „смесени публични предприятия“, посвещено в Заключението на генералния адвокат Stix-Hackl от 12 януари 2006 г. по дело Carbotermo и Consorzio Alisei (C-340/04, Recueil, стр. I-4137, точка 29 и сл.), както и в Egger, *Europäisches Vergaberecht*, 2007, p. 167 et seq.

4. Член 43 ЕО предвижда:

Б — *Национално право*

„В рамките на следващите разпоредби ограниченията върху свободата на установяване на граждани на държава членка на територията на друга държава членка се забраняват [...]“.

6. На основание член 162 от белгийската конституция общините могат да учредяват сдружения.

Свободата на установяване включва правото на достъп до и упражняване на дейност като самостоятелно заето лице, както и да се създават и ръководят предприятия, в частност дружества по смисъла на член 48, параграф 2 при условията, определени от правото на държавата, където се извършва установяването за нейните собствени граждани, при спазването на разпоредбите на главата относно капиталите“

5. Член 49, параграф 1 ЕО гласи:

„В следващите разпоредби се урежда забраната на ограниченията на свободното предоставяне на услуги в рамките на Общността по отношение на гражданите на държавите членки, които са се установили в държава от Общността, различна от тази, в която се намира лицето, за което са предназначени услугите.“

7. Законът за междуобщинските сдружения (loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales) урежда условията и реда на междуобщинското сътрудничество. Съгласно член 1 от този закон при условията, предвидени от същия, няколко общини могат да учредяват сдружения с ясно определени цели от общински интерес. Член 3 от този закон предвижда, че междуобщинските сдружения са публичноправни юридически лица, които нямат търговски характер, независимо от правно-организационната форма или предмета им на дейност. Член 10 от посочения закон определя органите на междуобщинските сдружения: общо събрание, управителен съвет и колегиум от комисари. Съгласно член 12 от закона представителите в общото събрание се определят от общинския съвет на всяка община измежду съветниците, кмета и общинските съветници в общината. В него се отбелязва също, че правото на глас на всяка община в общото събрание съответства на дяловете, които тя притежава.

II — Факти по главното производство и преюдициални въпроси

8. Дружеството за телевизионно разпространение Coditel управлява мрежата за разпространение на телевизионни програми на белгийската община Uccle от 1969 г. до 1999 г. на основата на договори. При изтичане на договора на 31 декември 1999 г. общината се възползва от предвидената в него възможност да откупи от Coditel намиращата се на нейна територия мрежа за разпространение на телевизионни програми.

9. През октомври 1999 г. общинският съвет на Uccle взема решение, от една страна, да обяви процедура за възлагане на обществена поръчка за експлоатация и подобрения на общинската мрежа за разпространение на телевизионни програми от концесионер за периода от 1 юли 2000 г. до 30 юни 2009 г. От друга страна, одобрен е проект за допълнително споразумение към договора с Coditel се цел да се осигури предоставянето на обществените услуги по телевизионно разпространение до определяне на бъдещия концесионер. В крайна сметка с допълнителното споразумение е уговорено мрежата да се управлява от Coditel до 31 декември 2001 г.

10. В края на 1999 г. Coditel кандидатства в процедура за възлагане на обществена поръчка за предоставяне на бъдещ концесионер на експлоатацията на посочената мрежа на Община Uccle. По искане на общината през април 2000 г. Coditel представя и оферта за закупуване на мрежата за

разпространение на телевизионни програми³, както впрочем правят и останалите дружества, които кандидатстват в тази процедура за възлагане на обществена поръчка.

11. През май 2000 г. общинският съвет на Uccle решава да предпочете продажбата на мрежата пред възлагането на концесия. В рамките на съответната процедура за възлагане на обществена поръчка през октомври 2000 г. Coditel подава оферта за закупуване. Предложените в процедурата за възлагане на обществена поръчка цени са между 750 милиона и 1 милиард белгийски франка; единствената съответстваща на условията на обществената поръчка и допустима оферта — тази на Coditel — е с най-ниска цена.

12. В процедурата за възлагане на обществена поръчка се включва по-специално и Brutélé, като подава не оферта за придобиване, а предложение за присъединяване.

13. Тъй като предложените на Община Uccle цени са значително по-ниски от

3 — След искането на Община Uccle Coditel се осведомява от същата дали офертата за закупуване на мрежата е критерий при оценката на офертите, подадени в рамките на процедурата за възлагане чрез обществена поръчка на концесията за управление на мрежата, дали тази оферта замества текущата процедура за възлагане на обществена поръчка и дали тя е отправена до другите кандидати в тази процедура. На 28 април 2000 г. Община Uccle отговаря, че се е обърнала към четирите дружества, кандидатствали в процедурата за възлагане на обществена поръчка, че офертата за закупуване на мрежата не замества процедурата за възлагане на обществена поръчка и също така не е критерий за оценка на подадените оферти, и на последно място, че „след получаването на (засега условна) оферта за закупуване колегиумът все пак е изразил становището, че тази възможност не би могла да се изключи предварително и би могла да се има предвид, когато се обсъжда бъдещето на въпросната мрежа; поради това в стремежа си към изчерпателно информироване и равнопоставеност на кандидатите колегиумът е решил да потърси становището на всеки от тях, преди да представи на съвета предложение за решение относно възлагането (или невъзлагането) на концесия за експлоатацията на мрежата“.

предварително посочените като възможни⁴, с решение на общинския съвет от 23 ноември 2000 г. общината се отказва от продажбата на общинската мрежа за разпространение на телевизионни програми (първо обжалвано в главното производство решение).

14. Също на 23 ноември 2000 г. общинският съвет на Община Uccle решава да стане член на Brutélé (второ обжалвано в главното производство решение). В това решение се посочват по-специално съображенията, че Brutélé е представило на Община Uccle предложение за присъединяване чрез апорт на общинската мрежа и записване на акции на дружеството, което включва и плащане на годишна такса⁵, както и предложение към Община Uccle, ако същата стане негов член, да учреди само за нея оперативен подсектор, който да се ползва със самостоятелност

при вземането на решения⁶. Също така това решение на общинския съвет посочва, че присъединяването на Община Uccle към Brutélé ще има многобройни предимства за нея: самостоятелност при вземане на решения, значителни приходи, запазване на собствеността върху мрежата, както и споразумение, с което му се дава възможност в случай на бъдеща изгодна оферта за закупуване да се оттегли бързо и без затруднения.

15. На 30 ноември 2000 г. Coditel подава мотивирана жалба до министър-председателя на правителството на регион Брюксел-столица, с която иска от него да отмени решението на общинския съвет на Uccle от 23 ноември 2000 г., с което Община Uccle става член на Brutélé.

16. На 7 декември 2000 г. извънредното общо събрание на Brutélé гласува за присъединяването на Община Uccle (трето обжалвано в главното производство решение).

4 — Вж. по този въпрос решение на общинския съвет от 23 ноември 2000 г. Тази разлика без съмнение се обяснявала с конюнктурата, тъй като котираната пазарна цена на акциите на някои от най-важните оператори в областта на технологиите в предходните месеци рязко спаднала до исторически ниски равнища, вследствие на което за известно време условията били изключително неблагоприятни.

5 — Според съответното решение на общинския съвет от 23 ноември 2000 г. предлаганата годишна такса се състои от:

- a) фиксирана такса в размер на 10 % от приходите от базови абонamenti за телевизионно разпространение (на база на 31 000 абонати и 3400 BEF годишен абонament (без ДАС и авторски права): 10 540 000 BEF годишно);
- b) заплащане на 5 % от оборота на Canal+ и на „букета“;
- c) заплащане на целия размер на реализираната от всички предоставяни услуги печалба.

6 — По този въпрос съответното решение на общинския съвет от 23 ноември 2000 г. гласи следното:

Тази самостоятелност се отнася по-специално до:

- избора на разпространяваните програми,
- цените на абонamenta и на включването,
- инвестиционната и работна политика,
- отстъпките или предимствата, предоставяни на някои категории лица,
- естеството и условията, свързани с другите услуги, които се предоставят чрез мрежата, и възможността на междуобщинското сдружение да се възложат разработки от общински интерес, които попадат в предмета на неговата дейност по устав, като например разработването на общински интранет и на уебсайт и обучението на персонала за тази цел.

В този контекст:

- Brutélé би изготвяло отчет на резултатите и баланс на дейностите във връзка с мрежата на Uccle,
- Uccle би разполагала с управител в управителния съвет на Brutélé и с трима управители в Съвета на оперативния сектор в Брюксел, с одитор и с общински експерт.

17. На 19 декември 2000 г. министър-председателят на Регион Брюксел-столица информира Община Uccle, че няма възражения по отношение на нейното условно⁷ членство в Brutélé (четвърто обжалвано в главното производство решение). На 2 януари 2001 г. министър-председателят на регион Брюксел-столица съобщава на Coditel, че няма възражения срещу членството на Община Uccle в Brutélé.

18. На 22 януари 2001 г. Coditel подава жалба за отмяна на четирите посочени по-горе решения.

19. В главния спор препращащата юрисдикция Conseil d'État отхвърля жалбата срещу две от тези решения (трето и четвърто обжалвано решение) като недопустима. Във връзка с допустимата част на жалбата следва по-специално да се разгледа решението, с което общинският съвет на Община Uccle решава същата да стане член на Brutélé.

20. С определение от 3 юли 2007 г. Conseil d'État поставя на Съда следните преюдициални въпроси:

— Може ли една община, без обявяване на процедура за възлагане на обще-

ствена поръчка, да стане член на кооперативно дружество, включващо изключително други общини и сдружения на общини (наричано „чисто междуобщинско дружество“), с цел да му прехвърли управлението на мрежата си за разпространение на телевизионни програми, като се знае, че дружеството извършва основната част от дейността си единствено със своите членове и ги освобождава от техните задължения, както и че решенията във връзка с тези дейности се вземат от управителния съвет и от секторните съвети в границите на правомощията, делегирани им от последния, като те представляват органи, предвидени в учредителния акт и съставени от представители на публичните органи, и вземат решения с мнозинството на гласовете на тези представители?

— Може ли да се счита, че контролът, упражняван върху решенията на кооперативното дружество по този начин — посредством органи, предвидени в учредителния акт — от всички членове на кооперативното дружество или от част от тях, в случая на оперативни сектори или подсектори, им позволява да упражняват върху него контрол, аналогичен на контрола, упражняван върху собствените им служби?

— За да бъде квалифициран като аналогичен, трябва ли този контрол да се осъществява индивидуално от всеки член или е достатъчно да се осъществява от мнозинството членове?

⁷ — Съгласно решението от 23 ноември 2000 г., с което Община Uccle става член на Brutélé, членството се обвързва с условието общото събрание на Brutélé да вземе решение, с което всички членове още тогава да заявят, че няма да се противопоставят на евентуално оттегляне на Община Uccle на по-късен етап.

21. Препращащата юрисдикция пояснява, че членството на Община Uccle в Brutélé не попада в областта на обществените поръчки за предоставяне на услуги, а в областта на концесията за обществени услуги. В това отношение дори да не се прилагат общностните директиви в областта на обществените поръчки, се прилагат основните правила на първичното общностно право, и в частност принципът за недопускане на дискриминация, основана на гражданство, който включвал по-специално задължение за прозрачност.

22. Според препращащата юрисдикция има много аргументи в полза на това, че Община Uccle в качеството си на възлагащ орган не е трябвало непосредствено и веднага да става член на Brutélé, без да обяви процедура за възлагане на обществена поръчка или да извърши сравнителна оценка на съществуващите оферти. За да изпълни изискванията на общностното право, общината е трябвало по-конкретно да обяви нова процедура за възлагане на обществена поръчка, за да прецени дали концесията за нейните услуги по телевизионно разпространение на Coditel или друг оператор не представлява алтернатива, която е по-изгодна от възприетата.

23. За да може препращащата юрисдикция да прецени съществуващите обстоятелства, тя все пак смята за необходимо да получи допълнителни разяснения по отношение на критериите, произтичащи от Решение по дело Teckal⁸, а именно по

отношение на вида контрол, упражняван от публичен орган концедент върху субекта концесионер. Така според тази съдебна практика общностните изисквания за прозрачност биха могли да не се спазят само ако са налице две кумулативни условия, тълкувани ограничително, а именно в случаите, когато, от една страна, концедентът упражнява върху концесионера контрол, аналогичен на този, който упражнява върху собствените си служби, и от друга страна, когато концесионерът извършва основната част от дейността си съвместно с органа, който го притежава.

24. В това отношение Brutélé изтъква, че е „чисто междуобщинско сдружение“ с дейност, насочена към и запазена за общините съдружници, и че неговият устав е позволил на Община Uccle да учреди оперативен подсектор, който да се ползва със самостоятелност при вземането на решения, а това позволявало на въпросната община да упражнява върху дейността на кооперативното дружество в този подсектор непосредствен и прецизен контрол, идентичен с контрола, упражняван върху собствените ѝ вътрешни служби. Община Uccle разполагала с управител в управителния съвет на Brutélé и с трима управители в Съвета на оперативния сектор в Брюксел, с одитор и с общински експерт. Също така Община Uccle можела по всяко време да се оттегли от сдружението, което било допълнително доказателство, че тя упражнявала пълен контрол върху експлоатацията на нейната мрежа за разпространение на телевизионни програми.

25. Съгласно препращащата юрисдикция от устава на Brutélé произтича, че члено-

⁸ — Решение от 18 ноември 1999 г. по дело Teckal (C-107/98, Recueil, стр. I-8121, точка 50).

вете на кооперативното дружество са общини и междуобщинско сдружение, съставено изключително от общини. Кооперативното дружество не е отворено за частни членове. Управителният съвет се състои от представители на общините — най-много по трима от община — излъчени от общото събрание, което от своя страна се състои от представители на общините. Управителният съвет разполага с най-широките правомощия. Общините се разделят на два сектора, единият от които обединява общините от брюкселския регион, които могат да се разделят на подсектори. Във всеки сектор се създава секторен съвет, който се състои от управители, излъчени от общото събрание по предложение на общините и заседаващи в различни групи, представляващи титулярите на дружествени дялове за всеки от секторите. Управителният съвет може да делегира на секторните съвети правомощията, с които разполага, по отношение на отнасящи се до специфични за подсекторите проблеми, по-специално до условията за приложение на цените, работната и инвестиционна програма, тяхното финансиране и рекламните кампании, както и по отношение на общите проблеми за различните подсектори, съставляващи оперативния сектор. Другите уставни органи на кооперативното дружество са общото събрание, чиито решения са задължителни за всички съдружници, генералният директор, колегиумът от експерти, които са общински длъжностни лица, и колегиумът от одитори. Генералният директор, експертите и одиторите се назначават, в зависимост от случая, от управителния съвет или от общото събрание.

на решения, с която се ползва Община Uccle, не е толкова цялостна, колкото твърди Brutélé. Така например управителният съвет, в който всяка община се представлява (само) от един представител, разполага с най-широките правомощия. Действително всички решения се вземат от органите на кооперативното дружество, състоящи се изключително от представители на членуващите общини и междуобщински сдружения, но от това не следва, че всеки от тези членове поотделно има същото решаващо влияние, както в случая на автономна и вътрешна организация на дейността.

27. По отношение на второто условие, произтичащо от Решение по дело Teckal⁹ — „ако този субект извършва основната част от дейността си съвместно с органа или с органите, който или които го притежава(т)“ — препращащата юрисдикция отбелязва неоспоримостта на факта, че кооперативното дружество извършва основна част от дейността си съвместно със своите членове. По това условие препращащата юрисдикция не поставя преюдициални въпроси.

III — Доводи на страните

28. Съгласно член 23 от Статута на Съда Coditel, Община Uccle, Brutélé и белгийското, германското и нидерландското

26. Препращащата юрисдикция заключава, че самостоятелността при вземането

9 — Посочено по-горе в бележка под линия 8, точка 50.

правителство, както и Комисията на Европейските общности представят писмени становища. Всички те, с изключение на Община Uccle, която не е представена, са изслушани в съдебното заседание от 9 април 2008 г.

29. По същество всички страни са съгласни, че се касае за възлагане на публична концесия, която без съмнение не попада в приложното поле на директивите относно обществените поръчки, но за която важат общите изисквания за прозрачност¹⁰.

30. С изключение на *Coditel* всички са единодушни, че на базата на информацията, която се съдържа в преюдициалното запитване, *вторият критерий Teckal* изглежда изпълнен.

31. По *първия критерий Teckal* позициите са противоположни:

32. *Coditel* и *Комисията* смятат, че този критерий не бил изпълнен и прякото членство на Община Uccle в кооперативно

дружество Brutélé било в противоречие със задължението за прозрачност.

33. *Coditel* изтъква, че преди членството си в Brutélé Община Uccle не е имала никакви отношения с последното, поради което съдебната практика от Решение по дело Teckal изобщо не била релевантна. Също така Община Uccle притежавала само 8,26 % от дружествените дялове на Brutélé (76 дружествени дяла от общо 920). Освен това предоставяните от Brutélé услуги като кабелна телевизия, телефон и Интернет имали търговски характер и при предоставянето им то се конкурирало с други частни оператори. Вътрешната структура на Brutélé била в значителна степен сходна с вътрешната структура на частно предприятие. Община Uccle нямала възможност да упражнява контрол върху Brutélé; съмнително било дали на практика членовете на кооперативното дружество упражняват ефективен колективен контрол, като се имат предвид големият брой членове и възможните несъответствия между интересите. С оглед на Решение по дело Carbotermo¹¹ не било решаващо, че общините и административно-териториалните единици притежавали 100 % от капитала на Brutélé. В това отношение не било достатъчно, че на Община Uccle е предоставен оперативен подсектор.

34. В становището си Комисията също разглежда вътрешните структури за вземане на решения на Brutélé и е на мнение, че в това отношение надали

10 — Във връзка с това нидерландското правителство заявява, че информацията в преюдициалното запитване не е достатъчно обстойна, за да може действително да се оцени този аспект.

11 — Решение от 11 май 2006 г. по дело Carbotermo и Consorzio Alisei (C-340/04, Recueil, стр. I-4137, точка 37).

е възможно отделна община като Uccle да упражнява решаващо влияние¹². Управителният съвет на Brutélé разполагал с широки правомощия и определял по-специално тарифите. Във всички отношения Община Uccle разполагала само със „споделено“ влияние и не можела да налага свободно волята си, което все пак било условие за изпълнението на първия критерий Teskal.

35. Община Uccle и Brutélé, които от своя страна са на мнение, че първият критерий Teskal е изпълнен, подчертават чисто междуобщинския характер на кооперативното дружество както съгласно неговия устав, така и в съответствие с белгийското законодателство.

36. Община Uccle изтъква, че с членството си продължила да упражнява „аналогичен“ контрол върху общинската мрежа за разпространение на телевизионни програми по смисъла на Решение по дело Teskal. Необходимо било да се подчертае, че Съдът говорел не за „идентичен“, а за „аналогичен“ контрол. Изискването общината да упражнява пълен и индивидуален контрол върху форма на междуобщинско сътрудничество означавало да се възпрепятства такова сътрудничество, което по дефиниция предполагало съвместно действие на множество лица.

37. Brutélé се позовава на изпълнението на първия критерий Teskal само при условията на евентуалност, и по-специално като посочва Решение по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), точка 57 и сл. В това отношение Brutélé изтъква, на първо място, че членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и принципите за равенство, недопускане на дискриминация и прозрачност, следвало да се тълкуват в смисъл, че сами по себе си допускат членството на община, без да е обявена процедура за възлагане на обществена поръчка, в структура за чисто междуобщинско сътрудничество без участие на частен капитал, създадена по-специално с цел да се постигат ясно определени цели от общински и обществен интерес. Точка 48 от Решение по дело Stadt Halle и RPL Lochau показвала, че общините могат да изпълняват сами възложените им задачи от обществен интерес. Прилагането на правилата на общностното право на обществените поръчки по отношение на междуобщинското сътрудничество означавало обаче общините да бъдат принудени за изпълнението на своите задачи да прибегват до подизпълнители, като използват пазара. Белгийското законодателство изрично давало на общините възможност да участват в междуобщинско сътрудничество¹³. Отношенията между Община Uccle и кооперативното дружество Brutélé не се основавали на договор, а само на членство, което било уредено от закона и от устава на Brutélé. Brutélé било създадено на основата на чисто междуобщинско сътрудничество, по устав не било отворено за частен капитал и изпълнявало своите задачи в интерес на общините. Целта на сътрудничеството била да се предостави на потребителите възможно най-богат избор от телевизионни програми при най-добри условия и евентуално да се предлагат

12 — Във връзка с това Комисията препраща към Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точка 65) и Решение по дело Carbotermo и Consorzio Alisei (посочено по-горе в бележка под линия 11).

13 — Brutélé посочва белгийската конституция, както и белгийския Закон за междуобщинските сдружения (посочени по-горе в точки 6 и 7 от настоящото заключение).

и радиопрограми и различни комуникационни услуги. На трето и последно място, Brutélé твърди, че в рамките на кооперативното дружество, и по-специално чрез вътрешната структура за вземане на решения и чрез отделния подсектор, Община Uccle упражнявала разглеждания в случая контрол аналогично на контрола, упражняван от нея върху собствените ѝ служби.

38. *Белгийското правителство* счита, че на първия преюдициален въпрос трябва да се даде положителен отговор. Една община можела без обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка да стане член на кооперативно дружество като Brutélé, съставено изключително от други общини и административно-териториални единици, с цел да му прехвърли управлението на мрежата си за разпространение на телевизионни програми, като се знае, че дружеството извършва основната част от дейността си единствено със своите членове и ги освобождава от техните задължения, както и че решенията във връзка с тези дейности се вземат от управителния съвет и от секторните съвети в границите на правомощията, делегирани им от последния, като те представляват органи, предвидени в учредителния акт и съставени от представители на публичните органи, и вземат решения с мнозинството на гласовете на тези представители.

39. Brutélé, което не е отворено за частен капитал, не можело да се разглежда като трето лице по отношение на Община Uccle. Концесията за мрежата за разпростра-

нение на телевизионни програми следователно не била възложена на външен подизпълнител, а била запазила вътрешния си характер.

40. Останалите преюдициални въпроси произтичали изключително от обстоятелството, че междуобщинското сътрудничество било форма на съвместна работа, а тя по своето естество сдружавала различни общини, които си сътрудничат. В това отношение трябвало да се подчертае, че органите на местна власт имат право да вземат решения да си сътрудничат за осигуряване на ефективно управление. В случая се касаело по-специално за сътрудничество между малки и по-големи административно-териториални единици. За по-малките административно-териториални единици често била присъща необходимостта съвместно да се справят със задачи, надхвърлящи техните граници, в рамките на по-голяма структура с по-широк обхват. Определянето на вътрешната организация и контрол при такива форми на сътрудничество между административно-териториални единици следвало да се извършва с оглед на приложимото законодателство и практиката на съответните администрации на държавите членки. В това отношение имало множество модели на вътрешна организация и контрол. От една форма на сътрудничество, която по отношение на контрола съблюдавала различния мащаб на сътрудническите си административно-териториални единици, не можело да се заключава, че липсва контрол, аналогичен на контрола, упражняван върху собствените им служби. Освен това от естеството на междуобщинското сътрудничество произтичало, че в неговите рамки решенията се вземат не само от една община, а с мнозин-

ство, и то с оглед на общата цел. Контрол, упражняван чрез вземането на решения с мнозинство, може да се квалифицира по смисъла на съдебната практика като „аналогичен контрол“. По отношение на Община Uccle, която имала собствени представители в управителните органи на Brutélé, трябвало предвид всичко изложено да се отбележи, че упражнява върху Brutélé контрол, аналогичен на контрола, който упражнява върху собствените си служби.

41. *Германското правителство* е на мнение, че съществуващите принципи и правила на правото на обществените поръчки по начало не се прилагат към случай като настоящия, тъй като двата критерия Teskal били изпълнени. При множество „контролиращи публични органи“ тези критерии трябвало да се разбират в смисъл, че когато публично-правният орган възложител съвместно с други публичноправни юридически лица притежава капитала на изпълнителя, по този съвместно упражняван от различните публични органи контрол не може да се съди за отслабване на упражнявания от тях контрол. Така например било възможно няколко административно-териториални единици да създадат и да „управляват“ съвместно единни по отношение на организацията служби и в такива случаи било необосновано да се допусне, че липсва контрол, упражняван от отделните административно-териториални единици, или че този контрол е непълен. В германското право, уреждащо организацията на управлението, имало много примери в това отношение: така например Oberfinanzdirektionen (главните финансови дирекции) били служби както на Bund (Федералната държава), така и на Bundesland (федералната провинция). В някои федерални провинции имало Kreisverwaltungsbehörden (окръжни админи-

стративни органи), които били както служби към Landkreis (административния окръг), така и държавни органи на по-ниско равнище на федералната провинция. А някои федерални провинции като Бранденбург и Берлин имали общ Oberverwaltungsgericht (областен административен съд). Било напълно погрешно да се допусне, че липсва контрол или че той е непълен, когато административно-териториалните единици контролират такива съвместно управлявани от тях органи. Също така „упражняван съвместно“, но не по-малко ефективен поради това бил контролът, упражняван върху изпълнител, чийто капитал се притежава от няколко публичноправни юридически лица. Това бил случаят по отношение на Brutélé, тъй като в него участвали изключително общини, които упражнявали съвместно контрол, аналогичен на този, който упражнявали върху собствените си (общини) служби.

42. Ако въз основа на факта, че възложителят упражнява контрол върху изпълнителя съвместно с други публични органи, се заключило, че контролът е „недостатъчен“ и поради тази причина е приложимо правото на обществените поръчки, това щяло да има сериозни последици по отношение на необходимата свобода на организация на междуобщинското сътрудничество. Изборът на такава форма на междуобщинско сътрудничество винаги би бил обвързан с условието за обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка. Така междуобщинското сътрудничество като организационна форма за изпълнение на задачите на държавата би отстъпило пред самостоятелното изпълнение на задачите, при което не се прилага правото на обществените поръчки. По този начин правото на обществените поръчки би упражнявало напълно абсурден натиск върху общините за евен-

туално прекратяване на сътрудничеството с други общини. Целта на правото на обществените поръчки обаче никога не била такава. Всъщност то се прилагало по-скоро само в случаите, когато за изпълнение на задачите си общината се обръща към пазара.

43. На последно място германското правителство подчертава, че правото на местно самоуправление е защитено на европейско равнище от Европейската харта за местното самоуправление¹⁴. Същата предвиждала правото на общините да осъществяват самостоятелно функциите си и да участват в междуобщинско сътрудничество без предварително обявяване на процедура по възлагане на обществена поръчка.

44. *Нидерландското правителство* предлага да се даде положителен отговор на първия преюдициален въпрос. Във връзка с втория въпрос в контекста на първия от двата критерия Teskal и свързаната с него съдебна практика, както и на информацията от преюдициалното запитване трябвало да се отбележи, че членуващите общини и междуобщинско сдружение могли да упражняват решаващо влияние върху Brutélé. Това било видно от факта, че те притежавали целия капитал и било изключено частно предприятие да притежава дял от капитала. Изводът за решаващо влияние се потвърждавал от факта, че общините и междуобщинското сдружение могли да упражняват пълен контрол върху органите по вземане на

решения на Brutélé, тъй като същите се състояли от техни представители. По този начин общините и междуобщинското сдружение могли да упражняват решаващо влияние по отношение както на стратегическите цели, така и на важни решения, като например определянето на тарифите. Brutélé нямало никаква самостоятелност и следователно не можело да се разглежда като трето лице по отношение на общините и междуобщинското сдружение. По третия въпрос трябвало да се отбележи, че за „контрол, аналогичен на упражнявания по отношение на собствените служби“ е достатъчно въпросните общини и междуобщинско сдружение да упражняват контрола съвместно.

IV — Правна преценка

45. Тъй като с поставените въпроси се засягат различни аспекти на един и същ въпрос, ще ги разгледам заедно.

46. Въпросът е дали членството на община като Община Uccle в чисто междуобщинско кооперативно дружество като Brutélé и свързаното с това прехвърляне на управлението на общинската мрежа за разпространение на телевизионни програми на това кооперативно дружество трябва да се счита за възлагане на концесия, попадащо в приложното поле на обществените принципи в областта на възлагането на обществени поръчки, или се касае за почти вътрешно изпълнение на задачи, което допуска да не се обявява процедура за възлагане на обществена поръчка. Аспектите, които препращащата

14 — Европейска харта за местно самоуправление, открита за подписване от държавите — членки на Съвета на Европа, на 15 октомври 1985 г. в Страсбург, в сила от 1 септември 1988 г. (За подробности вж. <http://conventions.coe.int>).

юрисдикция разглежда, засягат по-специално вътрешните структури за вземане на решения, а именно, от една страна, решения, вземани от уставни органи като управителен съвет и секторни съвети, и от друга страна, решения, които по същество нямат индивидуален характер, а се приемат с мнозинство. Могат ли такива структури за вземане на решения да са в съответствие с критерия от съдебната практика за „контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените служби“?

47. Препращащата юрисдикция е на мнение, че контролът върху кооперативното дружество и неговите решения се упражнява съвместно от административно-териториалните единици чрез уставните органи на кооперативното дружество, което по този начин разполага с известна самостоятелност спрямо своите членове. Така не съществува „контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените служби“ и поради тази причина препращащата юрисдикция е склонна да приеме първото правно основание за основателно.

48. За квалификацията на разглежданите въпроси трябва предварително да се поясни, че както основателно отбелязва препращащата юрисдикция, според постоянната съдебна практика никога от общностните директиви в областта на обществените поръчки¹⁵ не се прилага

при възлагането на концесия за обществени услуги^{16 17}. Случаят по главното производство е от областта на концесията за услуги, а не на обществените поръчки за предоставяне на услуги, като това се определя от обстоятелството, че административно-териториалната единица не заплаща възнаграждение за извършената услуга, а насрещната престация се състои в правото да се експлоатира услугата¹⁸, което е свързано с поемането на риск по отношение на експлоатацията на съответните услуги¹⁹.

15 — Наред с други, Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50). Главната цел на общностните правила в областта на възлагането на обществени поръчки е да се осигури свободно движение на услуги и ненарушаване на конкуренцията във всички държави членки — вж. в този смисъл Решение от 11 януари 2005 г. по дело Stadt Halle и RPL Lochau, C-26/03, Recueil, стр. I-1, точка 44).

16 — Neergaard, „The Concept of Concession in EU Public Procurement Law versus EU Competition Law and National Law“ in: Nielsen/Treumer (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, посочва, че съществуват много различни понятия за концесия в зависимост от правния контекст и че понятието за концесия в общностното право на обществените поръчки се различава значително от това в областта на конкуренцията и донякъде и от това в националните законодателства.

17 — Вж., освен други, Решение от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress (C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точки 56 и 57), Решение от 21 юли 2005 г. по дело Coname (C-231/03, Recueil, стр. I-7287, точки 9 и 16), Решение по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 12, точка 42) и Решение от 18 юли 2007 г. по дело Комисия/Италия (C-382/05, Recueil, стр. I-6657, точка 29).

18 — По използваните за разграничаване критерии вж. Решение по дело Telaustria и Telefonadress (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 58). Вж. също определението в член 1, параграф 4 от все още неприложимата към момента на настъпване на обстоятелствата в главното производство Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, стр. 282): „Договор от същия вид като обществена поръчка за услуги с изключение на факта, че насрещната престация за предоставянето на услугите се състои или единствено в правото да се експлоатира услугата, или в това право заедно с плащане.“ В случая се касае за експлоатацията и поддържането на съществуващи структури; вж. Trepte, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, 2007, 4.42. Принципно трябва да се отбележи, че квалификацията като възлагане на концесия за услуги е въпрос, който трябва да се преценява въз основа на общностното законодателство — вж. Решение по дело Комисия/Италия (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 31).

19 — Решение по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 12, точка 40). За повече подробности вж. също Atgrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, 6.62 et 6.63.

49. Тъй като по отношение на възлагането на концесия за обществени услуги от публични органи към момента на настъпване на релевантните обстоятелства по главното производство няма директива относно координирането на процедурите²⁰, последиците според правото на Общността от възлагането на концесии от такова естество следва да продължат да се преценяват изключително в контекста на първичното право, и по-специално в контекста на предвидените в Договора за ЕО основни свободи²¹.

50. Оттук произтича приложимостта на изискванията за равно третиране и прозрачност при възлагането на концесия за обществени услуги²², по-специално по отношение на недопускането на непряка дискриминация, основана на гражданство, съгласно членове 12 ЕО, 43 ЕО и 49 ЕО²³, които по правило изискват обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка.

51. Според съдебната практика съществува изключение за „почти вътрешно изпълнение на задачите“²⁴, което води началото си от вече посоченото Решение по дело Teckal²⁵, впоследствие е доразвито²⁶ и се прилага²⁷ по отношение на всички общностни разпоредби в областта на обществените поръчки или на концесията за обществени услуги, когато е налице процедура, организирана така, сякаш се касае за вътрешна административна мярка²⁸. Следователно според постоянната практика на Съда провеждането на процедура за възлагане на обществена поръчка не е задължително, дори съконтрагентът да е субект, който притежава юридическа самостоятелност спрямо възложителя, когато са изпълнени две условия. От една страна, органът на публична власт, който е възложител, трябва да упражнява по отношение на въпросния юридически самостоятелен субект контрол, аналогичен на упражнявания от него по отношение на собствените му служби, и от друга страна, този субект трябва да извършва основната част

20 — Ситуацията практически не е променена от приетата по-късно Директива 2004/18 (посочена по-горе в бележка под линия 18), тъй като макар да дава определение за понятието „концесия за услуги“, съгласно член 17 тази директива не се прилага за концесии от подобно естество. Вж. за повече подробности Flamme/Flamme/Dardenne, *Les marchés publics européens et belges*, 2005, р. 19 et seq.

21 — Решение по дело Coname (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 16), Решение по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 12, точка 46) и Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV (C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 18 и сл.). Broussy/Donnat/Lambert, „Délégations de services publics“, *L'actualité juridique — droit administratif* (AJDA) 2005, р. 2340 et seq., стр. 2341 отбелязват, че такова позоваване на принципите за недопускане на дискриминация крие риск правото на обществените поръчки в бъдеще да обхване не само релевантните директиви, но и ситуации, чиито параметри не са достатъчни за прилагането на директивите.

22 — Trepte, „Transparency Requirements“ in: Nielsen/Treumer (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, 2005, посочва, че понятието за прозрачност в общностното право на обществените поръчки е ограничено, доколкото се отнася до равното третиране на оференти от държавите членки, а не до прозрачност, излизаща извън тази рамка.

23 — Вж. също Решение по дело Telaustria и Telefonadress (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 60 и сл.), Решение по дело Coname (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 18 и сл.) и Решение по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 12, точка 47 и сл.).

24 — Названието не е единно; често се говори за (почти) „вътрешно (вътрешнофирмено) възлагане“ или за „вътрешна сделка“ (в широк смисъл).

25 — Посочено по-горе в бележка под линия 8.

26 — Вж. по-специално Решение по дело Stadt Halle и RPL Lochau (посочено по-горе в бележка под линия 15, точка 49), Решение по дело Coname (посочено по-горе в бележка под линия 17, точки 23—26), Решение по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 12, точка 56 и сл.), Решение по дело ANAV (посочено по-горе в бележка под линия 21, точка 24), Решение по дело Carbotermo и Consorzio Alisei (посочено по-горе в бележка под линия 11, точки 36 и 37), Решение от 19 април 2007 г. по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (C-295/05, Сборник, стр. I-2999, точки 55—57) и Решение от 18 декември 2007 г. по дело Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (C-220/06, Сборник, стр. I-12175, точка 58).

27 — В Решение по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 12, точка 61) Съдът уточнява, че двата критерия Teckal се прилагат не само в областта на общностните директиви относно обществените поръчки, но и по-общо в областта на общностното право на обществените поръчки.

28 — Flamme/Flamme/Dardenne, цитирани по-горе в бележка под линия 20, стр. 32, точка 20, подчертават в съответствие с точки 49 и 50 от Решение по дело Teckal (посочено по-горе в бележка под линия 8), че изключението за „почти вътрешно изпълнение на задачите“ се основава на обикновената идея за невъзможността да се „договаря със себе си“.

от дейността си с административно-териториалната единица или единици, притежаваща/притежаващи капитала му²⁹.

A — Първи критерий *Testkal*

52. Необходимо е обаче да се направи анализ на първото условие, а именно упражняването на „контрол, аналогичен на упражнявания по отношение на собствените служби“.

1. Изключване на смесени предприятия с публично и частно участие

53. Постоянната съдебна практика от Решение по дело *Stadt Halle* и *RPL Lochau*³⁰ насам недвусмислено показва, че

29 — Вж. Решение по дело *Testkal* (посочено по-горе в бележка под линия 8, точка 50), Решение по дело *Stadt Halle* и *RPL Lochau* (посочено по-горе в бележка под линия 15, точка 49), Решение от 13 януари 2005 г. по дело *Комисия/Испания* (C-84/03, Recueil, стр. I-139, точка 38), Решение от 10 ноември 2005 г. по дело *Комисия/Австрия* (C-29/04, Recueil, стр. I-9705, точка 34), Решение по дело *Carbotermo* и *Consortio Alisei* (посочено по-горе в бележка под линия 11, точка 33) и Решение по дело *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* (посочено по-горе в бележка под линия 26, точка 55).

30 — Точка 49 от многократно посочваното Решение по дело *Stadt Halle* и *RPL Lochau* (посочено по-горе в бележка под линия 15) подчертава: „Според постоянната практика на Съда не е изключено да съществуват други обстоятелства, при които прибягването до процедура за възлагане на обществена поръчка не е задължително, дори съконтрагентът да е субект, който притежава юридическа самостоятелност спрямо възложителя. Това се отнася за случаите, в които органът на публична власт, който е възложител, упражнява по отношение на въпросния юридически самостоятелен субект контрол, аналогичен на упражнявания от него по отношение на собствените му служби, и този субект извършва основната част от дейността си с публичния орган или органи, притежаващи(и) капитала му (вж. във връзка с това Решение по дело *Testkal*, посочено по-горе в бележка под линия 8, точка 50). Необходимо е да се припомни, че в горепосочения случай органът на публичната власт притежава 100 % от субекта. Обратно, участието, дори миноритарно, на частно предприятие в капитала на дружество, в което участва и въпросният възложител, изключва при всички положения възможността той да упражнява върху дружеството контрол, аналогичен на упражнявания от него върху собствените му служби“. *Belorgey/Gervasoni/Lambert*, „Qualification de *marché public*“, *AJDA* 2005, p. 1113 et seq., p. 1114, позовавайки се на Решение от 22 май 2003 г. по дело *Korhonen* и др. (C-18/01, Recueil, стр. I-5321), изхождат от факта, че Решение по дело *Stadt Halle* потвърждава изрично това, което преди него е съществувало негласно като съдебна практика.

смесени предприятия с публичен и частен характер в никакъв случай не могат да се разглеждат като субекти, върху които се упражнява контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените служби, и то независимо колко малко е участието на частен капитал в тях³¹. При това е достатъчен фактът, че тези дружества са отворени за частен капитал, дори и участието на същия (още) да не е фактически осъществено³². В преценката трябва да се включи и осъществяването скоро след момента на възлагане преотстъпване на дялове от капитала на частноправни субекти³³.

54. При обстоятелства като тези по главното производство еднозначно трябва да се даде отрицателен отговор на въпроса относно участието на частен капитал. Няма никакво участие на частен капитал, а освен това *Brutélé* не е отворено за частен капитал.

2. Други релевантни обстоятелства

55. От съдебната практика все пак е видно, че единствено установяването на липсата на участие или недопускането на участие

31 — Вж. още Решение по дело *Coname* (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 26), Решение по дело *Комисия/Австрия* (посочено по-горе в бележка под линия 29, точка 46), Решение по дело *ANAV* (посочено по-горе в бележка под линия 21, точка 31) и Решение от 18 януари 2007 г. по дело *Aurooux* и др. (C-220/05, Сборник, стр. I-389, точка 64). Остава неясно как трябва да се преценява участието на частноправни субекти или организации с идеална цел, например в областта на социалните дейности или на културата (вж. във връзка с това *Egger*, посочен по-горе в бележка под линия 2, стр. 170, точка 637).

32 — Във връзка с това вж. Решение по дело *Coname* (посочено по-горе в бележка под линия 17, точка 26) и Решение по дело *ANAV* (посочено по-горе в бележка под линия 21, точки 30—32).

33 — Решение по дело *Комисия/Австрия* (посочено по-горе в бележка под линия 29), точки 38—42: в подобен случай възлагането на поръчка трябва да се разглежда, като се отчита спазването на съответните етапи (възлагане и реструктуриране на капитала), както и техните цели.

на частен капитал не е достатъчно, за да бъде изпълнен в достатъчна степен критерият Teskal за „упражняване на контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените служби“³⁴. Очевидно въпросите на препращащата юрисдикция следва да се разбират именно в тази перспектива.

56. От някои съдебни решения, които се отнасят до първия от двата критерия Teskal, следва, че е необходимо да се отчитат всички законодателни разпоредби и релевантни обстоятелства³⁵. „От тази проверка трябва да следва, че въпросният субект концесионер подлежи на контрол, който позволява на публичния орган концедент да влияе върху решенията на посочения субект. Трябва да става въпрос за възможност за решаващо влияние както върху стратегическите цели, така и върху важните решения на този субект.“³⁶

57. Съвкупността от релевантни критерии в това отношение е отразена по-специално в Решение по дело Parking Brixen: преобразуването в акционерно дружество, разширяването на предмета на дейност на дружеството, задължителното предстояние отваряне на дружеството за външен капитал, значителното разширяване на географския обхват на дейност на дружеството и значителните правомощия, поверени на управителния съвет, всички

заедно водят във въпросното решение до преценката на Съда, че съответното дружество е придобило пазарна насоченост и степен на самостоятелност, които изключват възможността публичният орган концедент да упражнява върху субекта концесионер контрол, аналогичен на този, който упражнява върху собствените си служби³⁷.

58. Следователно за преценката на съответните въпроси по дело Parking Brixen очевидно са били релевантни два основни критерия: степента на пазарна насоченост и степента на самостоятелност³⁸ на субекта концесионер. Тези критерии са съгласувани с Решение по дело Teskal, в точка 51 от което също се посочва като критерий наличието или липсата на собствени правомощия за вземане на решения на въпросния субект по отношение на публичния орган/публичните органи³⁹.

59. Все пак в досегашната си практика във връзка с критериите Teskal Съдът в малко случаи насочва вниманието към такива допълнителни обстоятелства. В двата посочени случая, Решение по дело Parking

34 — Вж. също Probst/Wurzel, „Zulässigkeit von In-house-Vergaben und Rechtsfolgen des Abschlusses von vergabe-rechtswidrigen Verträgen“, in: *European Law Reporter* 2007, p. 257 et seq., p. 261.

35 — Решение по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 12, точка 65) и Решение по дело Carbotermo и Consorzio Alisei (посочено по-горе в бележка под линия 11, точка 36).

36 — Решение по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 12, точка 65) и Решение по дело Carbotermo и Consorzio Alisei (посочено по-горе в бележка под линия 11, точка 36).

37 — Решение по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 12, точки 67—70). За критична преценка по основателността на критерии, които могат да доведат до обвързването на субекти, управлявани от публични органи за изпълнение на техните задачи, с определен правен статут, вж. Kotschy, Arrêts „Stadt Halle“, „Coname“ et „Parking Brixen“, *Revue du droit de l'Union européenne* 2005, No 4, p. 845 et seq., тр. 853.

38 — Колкото по-ясно е обвързването с възложителя или с органа концедент и колкото по-ограничени са възможностите на изпълнителя или субекта концесионер да извършва на пазара дейност с търговски характер за трети частноправни субекти, толкова по-лесно може да се обоснове предположението за вътрешна сделка, подчертават Probst/Wurzel (цитирани по-горе в бележка под линия 34, стр. 261).

39 — Решение по дело Teskal (посочено по-горе в бележка под линия 8, точка 51).

Brixen и Решение по дело Carbotermo, са налице няколко такива обстоятелства, като прехвърлянето на управителния съвет на широки или съществени правомощия е само едно от тях.

ството на холдингово дружество⁴². Във връзка с това Съдът постановява, че включването на такъв посредник може в зависимост от обстоятелствата в конкретния случай да доведе до отслабване на контрола, който възложителят евентуално упражнява върху акционерно дружество само поради своето участие в капитала му⁴³.

60. В Решение по дело Parking Brixen Съдът е на мнение, че Stadtwerke Brixen AG е придобило пазарна насоченост, която затруднява общината да упражнява контрол върху него, и излага общо пет съображения във връзка с това⁴⁰, сред които задължителното предстоящо отвяряне на дружеството за външен капитал и разширяването на географския обхват на дейност на дружеството на цялата територия на Италия и в чужбина⁴¹.

62. Следователно трябва да се отбележи, че в тези случаи са налице съвкупности от няколко обстоятелства, поради което е осъществена обща преценка⁴⁴.

61. В Решение по дело Carbotermo е налице същественото обстоятелство, че евентуалното влияние, упражнявано от съответната италианска община Busto Arsizio по отношение на решенията на AGESP SpA, дружество, което предоставя различни видове комунално-битови услуги, се упражнява чрез посредниче-

3. Чисто междуобщинското сътрудничество обикновено, макар и не автоматично, се освобождава от обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка.

63. Налице са обаче много аргументи в подкрепа на извода, че в основата на Решение по дело Parking Brixen и Решение по дело Carbotermo са единични случаи, при които Съдът е сметнал, че е премината определена граница и че възлагане на дейности от обществен интерес на

40 — В това отношение Ferrari говори за признаци за независимост, която не е съвместима с понятието за контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените служби (Ferrari, Parking Brixen: „Teckal da totem a tabù?“, in: *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2006, p. 271 et seq., по специално p. 273).

41 — Решение по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 12, точка 67). Jennert, Das Urteil „Parking Brixen“, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau)* 2005, p. 623 et seq., p. 626, отбелязва, че не може да става въпрос за гарантиране на националния пазар чрез вътрешно възлагане без обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка, ако същевременно е налице трансгранично разширяване на дейността при условията на конкуренция.

42 — В представеното на 12 януари 2006 г. заключение на генералния адвокат Stix-Hackl по дело Carbotermo и Consorzio Alisei (посочено по-горе в бележка под линия 11) в точки 22 и 23 се посочва, че за това дело, също както за дело Stadt Halle, било характерно, че „възлагането“ не е директно на субекта, в който пряко участва административно-териториалната единица, а е налице непряко участие.

43 — Решение по дело Carbotermo и Consorzio Alisei (посочено по-горе в бележка под линия 11, точка 39).

44 — Jennert (цитиран по-горе в бележка под линия 41, стр. 625) говори с основание за „обща преценка“.

субекти, учредени под формата на чисто междуобщинско сдружение без никакво участие на частен капитал, е освободено, именно не автоматично⁴⁵, а по принцип от обявяването на процедура за възлагане на обществена поръчка. Изложените по-долу взаимовръзки и развитието на практиката на Съда подкрепят този факт.

64. В посоченото по-горе Решение по дело Carbotermo, в което допълнителни обстоятелства дават основание да се смята, че разглежданата ситуация не може да се определи като освободена от обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка, се посочва буквално следното: „Обстоятелството, че целият капитал на дружество изпълнител се притежава самостоятелно или заедно с други публични органи от възлагащия орган, показва, без да бъде решаващо, че този възлагащ орган упражнява върху дружеството контрол, аналогичен на този, който упражнява върху собствените си служби, по смисъла на точка 50 от Решение по дело Teckal“⁴⁶.

65. От следващите точки от Решение по дело Carbotermo е видно, че тази ограничаваща формулировка „без да бъде решаващо“ се отнася до посочените допълнителни обстоятелства: отслабване на контрола заради посредничеството на холдингово дружество, въпреки че въпросната административно-териториална единица притежава 99,98 % от капитала на това дружество, както и широки правомощия на управителните съвети както в холдинга, така и в учреденото от

холдинга акционерно дружество, на което е трябвало да бъде възложено изпълнението на задачите⁴⁷. Според Съда съответните устави не запазват за въпросната община право на контрол и на особено право на глас, така че да ограничава предоставената на тези управителни съвети свобода на действие. Упражняваният от общината контрол върху тези две дружества е основно в рамките на правата, признати от дружественото право на мажоритарния брой акционери, което значително ограничава нейната възможност за влияние върху решенията, вземани от тези дружества⁴⁸.

66. От своя страна неотдавнашното Решение по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) показва, че по общо правило в случай на чисто междуобщинско сътрудничество първият критерий Teckal за „упражняване на контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените служби“ следва да се разглежда като изпълнен и следователно обикновено не се налага допълнителен анализ на вътрешните структури за вземане на решения и на разпределението на мажоритарните дялове в капитала на дружеството. Наистина, посоченият по-горе текст⁴⁹ от Решение по дело Carbotermo е възпроизведен в точка 57 от следващото Решение по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), но с леки изменения. Докато в решението по дело Carbotermo

47 — Пак там, точки 38—40.

48 — Пак там, точка 38.

49 — Пак там, точка 37: „Обстоятелството, че целият капитал на дружество изпълнител се притежава самостоятелно или заедно с други публични органи от възлагащия орган, показва, без да бъде решаващо, че този възлагащ орган упражнява върху дружеството контрол, аналогичен на този, който упражнява върху собствените си служби, по смисъла на точка 50 от Решение по дело Teckal [посочено по-горе в бележка под линия 8]“.

45 — Решение по дело Комисия/Испания (посочено по-горе в бележка под линия 29, точка 40).

46 — Решение по дело Carbotermo и Consorzio Alisei (посочено по-горе в бележка под линия 11, точка 37).

се посочва „без да бъде решаващо“, то в Решение по дело Asemfo този израз е заменен с „по принцип“. По този начин „[...] показва, без да бъде решаващо [...]“ вече е „[...] показва по принцип [...]“.

ствяват контрол в рамките на чисто сдружение между публични органи е от значение за практиката на Съда, може да се посочи следното.

67. Следователно много аргументи са в подкрепа на извода, че когато възложителят или публичният орган концедент самостоятелно или заедно с други публични органи⁵⁰ притежава целия капитал на субект изпълнител или на субект концесионер, това по общо правило показва, че той или те упражнява(т) върху този субект контрол, аналогичен на този, който упражнява(т) върху собствените си служби, по смисъла на точка 50 от Решение по дело Teckal. Това правило може да бъде поставено под въпрос⁵¹, но както вече бе посочено по-горе⁵², само при наличие на съвкупност от особени обстоятелства.

4. Критерии за подробен анализ на правото да се осъществява контрол

68. Доколкото въпросът относно правото на отделни публични органи да осъще-

69. Още делото Teckal се отнася до случай на междуобщинско сътрудничество⁵³, при който въпросът за контрола се разглежда във връзка с размера на участието в капитала: касае се именно за консорциум от 45 общини от Reggio Emilia, в който разглежданата Община Viano притежава 0,9 % от капитала. В това отношение генералният адвокат Cosmas отбелязва, че „едва ли би могло да се счита, че Община Viano упражнява върху консорциума контрол, който съответства на упражнявания от дадена единица върху вътрешните й служби“⁵⁴. Самото решение по делото запазва мълчание по този въпрос; по-специално при формулиране на критерия за контрол в точка 50⁵⁵ не се третира обстойно този аспект. Все пак следва да се отбележи, че в това решение Съдът по начало не дава отрицателен отговор на въпроса относно правото на дадена община да осъществява контрол, когато

50 — Тъй като мажоритарният контрол не е изключен поначало, вж. също Fenoyl, *Contrats „in house“ — état des lieux après l'arrêt Asemfo*, AJDA 2007, p. 1759 et seq., p. 1761.

51 — Egger (посочен по-горе в бележка под линия 2, стр. 169, точка 626) говори с основание за оборима презумпция.

52 — Вж. по-горе точка 55 и сл. от това заключение.

53 — Това посочват и Pape/Holz, *Vergabefreie In-house-Geschäfte*, NJW 2005, p. 2264 et seq., p. 2265. Те са на мнение, че от чисто формална гледна точка сътрудничеството между няколко административно-териториални единици не можело да се счита за вътрешно възлагане, тъй като поради правото на контрол на другите съдружници не можело да се установи по несъмнен начин дали всеки притежател на дялове би могъл да упражнява върху въпросния субект контрол, аналогичен на този, който упражнява върху собствените си служби, и че все пак от функционална гледна точка било разумно това да се сметне за вътрешно възлагане.

54 — Заключение на генералния адвокат Cosmas, представено на 1 юли 1999 г. по дело Teckal (посочено по-горе в бележка под линия 8), точка 61.

55 — Решение по дело Teckal (посочено по-горе в бележка под линия 8).

притежава малък дял от капитала и малък брой гласове, и по този начин дава възможност на препащащата юрисдикция да прецени, че критерият за контрол е изпълнен в главното производство.

70. Междувременно в Решение по дело Coname през 2005 г. се дава противоположен отговор на този въпрос, тъй като дялово участие от 0,97 % от основния капитал се преценява за недостатъчно⁵⁶.

71. От Решение по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) обаче става ясно, че размерът на участие на отделен публичен орган в сдружение на публични органи (вече) не е показател за възможностите за контрол. Съдът изрично уточнява, че дори толкова малко участие в капитала на подобно сдружение като например 0,25 % (четири автономни области, които имат по една акция, притежават 1 % от капитала) допуска по отношение на всички участващи административно-териториални единици да се приеме

„почти вътрешно изпълнение на задачите“⁵⁷.

72. Освен това по отношение на главното производство по посоченото по-горе Решение по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) заслужава да се отбележи, че контролът върху натоварената с изпълнение на въпросните задачи единица очевидно се упражнява от централната държавна администрация, която е мажоритарен собственик, а не от четирите автономни области, чието дялово участие е в размер на общо 1 % от капитала⁵⁸. Независимо от това обстоятел-

57 — Решение по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (посочено по-горе в бележка под линия 26), точки 58—60. Точка 59 гласи: „В това отношение не може да се приеме тезата, че посоченото условие било изпълнено само за поръчките, осъществени по нареждане на испанската държава, като се изключат наредените от автономните области, по отношение на които Tragsa трябвало да се счита за трето лице.“ Точка 61 ясно посочва, че тази констатация не се отнася до всички автономни испански области, въпреки че Tragsa работи за всички тях (вж. Заключение на генералния адвокат Geelhoed, представено на 28 септември 2006 г. по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), посочено по-горе в бележка под линия 26, точки 13 и 14), а до тези, които притежават част от капитала на Tragsa.

58 — От Решение по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (посочено по-горе в бележка под линия 26, точка 13, точка 5) произтича следното по отношение на националното законодателство: „[...] организацията, надзорните и контролните функции по отношение на Tragsa и на неговите дъщерни дружества се упражняват от Министерството на земеделието, риболова и храните, както и от Министерството на околната среда.“ По този начин не автономните области, а централната администрация носи отговорността за контрола. В това отношение и генералният адвокат Geelhoed отбелязва в своето заключение, представено на 28 септември 2006 г. по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (посочено по-горе в бележка под линия 26, точка 51), че автономните области не упражняват контрол и освен това не могат да черпят право на контрол от качеството си на акционери. Единствено мажоритарният собственик — испанската държава, централната администрация — има право на контрол. Точка 51 от решението по делото предвижда: „Накрая, според член 3, параграф 6 от посочения крамски декрет отношенията на Tragsa с тези публични органи, доколкото дружеството е тяхно собствено средство за постигането на определени цели и тяхна техническа служба, нямат договорен характер, а във всяко отношение имат вътрешен, зависим и подчинен характер.“ По-нататък в точки 59—61 по въпроса за правото на автономните области да осъществяват контрол се привеждат аргументи, които нямат нищо общо с вътрешните структури за вземане на решения, а именно законоустановеното задължение за изпълнение на договора, факта, че тарифите са определени от държавата, и липсата на договорен характер на отношенията.

56 — Решение по дело Coname (посочено по-горе в бележка под линия 17), точки 23 и 24. Към обстоятелствата по това главно производство се добавя и фактът, че въпросното дружество е било най-малкото частично отворено за частен капитал — вж. точка 26 от Решение по дело Coname.

ство Съдът приема първия критерий Teskal за изпълнен⁵⁹ не само по отношение на испанската държава, но изрично и по отношение на автономните области, които притежават част от капитала. Все пак по въпроса относно контрола, упражняван от автономните области, от решението не може да се заключи дали има ново развитие на съдебната практика или по-скоро особените обстоятелства на конкретния случай са били от решаващо значение, което изглежда вероятно⁶⁰. Във всеки случай става ясно, че при чисто сдружение на публични органи на въпроса относно вътрешния контрол и вземането на решения не трябва да се придава прекалено голямо значение.

73. От уточнението в съдебната практика по отношение на размера на участието в капитала чрез систематично тълкуване⁶¹, както и от използването на множество число при формулиране на втория критерий Teskal: „ако този субект извършва основната част от дейността си съвместно с органа или с органите, който или които го притежава(т)“ чрез граматично тълкуване, може да се заключи⁶², че

не се изисква да е налице право да се осъществява самостоятелно пълен контрол от страна на съответния публичен орган, а е достатъчно мнозинството да има право колективно да осъществява контрол⁶³.

74. От решаващо значение би трябвало да е дали членуващите публични органи колективно упражняват контрол върху въпросния субект, в случая кооперативно дружество Brutélé, или това кооперативно дружество изпълнява своята дейност извън този колективен контрол.

5. Междинно заключение

75. Правният анализ ясно доказва, че при чистото междуобщинско сътрудничество по правило би могло да не се обявява процедура за възлагане на обществена поръчка, освен при едновременно наличие на няколко особени обстоятелства, които да показват, че степента на пазарна насоченост и степента на самостоятелност на междуобщинския орган са преминали границата на междуобщинското сътрудничество, което е неутрално от гледна точка на правото на обществените поръчки и изпълнява задачи от обществен интерес.

59 — В това отношение в Заключение на генерален адвокат Geelhoed, представено на 28 септември 2006 г. по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (посочено по-горе в бележка под линия 26) този аспект се разглежда изрично и обстойно, като се установява пълна липса на влияние от страна на областите (точки 98 — 101). В това отношение вж. също Broussy/Donnat/Lambert, „Actualité du droit communautaire“, *Marché in house*, AJDA 2007, p. 1125 et seq., p. 1126.

60 — Müller с основание подчертава в „Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der In-House-Vergabe?“, *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis* (ZVB) 2007, p. 197, p. 202, че са съществували специални обстоятелства, особено като се има предвид законоустановеното задължение за приемане и изпълнение на договора и на определените от държавата тарифи. Вж. също Piazzoni, *Précisions jurisprudentielles sur les contrats „in house“*, *Revue Lamy de la Concurrence: droit, économie, régulation*, 2007, No 12, p. 56 et seq., p. 58, и Mok, „Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen C-295/05“, *Nederlandse jurisprudentie; Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 2007, No 417, p. 4413 et seq., p. 4423.

61 — За систематичното тълкуване вж. по-специално Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, 2006, p. 253 et seq.

62 — За граматичното тълкуване вж. по-специално Riesenhuber, цитиран по-горе в бележка под линия 61, стр. 250 и сл.

63 — Вж. също Dreher, „Das In-house-Geschäft“, *NzBau* 2004, p. 14 et seq., p. 17, който подчертава, че се обръща специално внимание на липсата на собствени правомощия за вземане на решения от страна на изпълнителя. Вж. също така Dischendorfer, „The Compatibility of Contracts Awarded Directly to „Joint Executive Services“ with the Community Rules on Public Procurement and Fair Competition: A Note on Case C-295/05, *Asemfo v Tragsa*“, *Public Procurement Law Review* 2007, p. NA123 et seq., p. NA129.

76. Дори и до момента да не е постигната правна сигурност⁶⁴ по отношение на точното разграничаване на критерии като „степен на пазарна насоченост“ и „степен на самостоятелност“ и следователно да не е ясно къде е точната граница на междубщинското сътрудничество, което е неутрално от гледна точка на правото на обществените поръчки и изпълнява задачи от обществен интерес, нищо не сочи, че сътрудничеството в рамките на Brutélé е излязло извън тези граници.

77. Задължение на националните юрисдикции, в случая на препращащата юрисдикция, е да прецени обстоятелствата по конкретния случай. В настоящия случай такава преценка не би могла да установи, че някоя от посочените по-горе граници е премината. Действително, вътрешните структури на Brutélé за вземане на решения се характеризират с упражняването чрез вземане на решения с мнозинство колективно влияние на членуващите административно-териториални единици. Те упражняват своето влияние не само

в общото събрание, но и в управителния съвет, който се състои от представители на общините. Така на въпроса относно правото да се осъществява контрол вече е даден изчерпателен и положителен отговор. Освен това по отношение на подсекторите може да се установи дори превес на индивидуалните решения на общините. Пазарната насоченост на Brutélé се отнася до задачи от обществен интерес като телевизионно разпространение, телефон и Интернет и въпреки цялата неяснота на критериите в това отношение нищо не дава основание да се смята, че е премината границата на неутралност от гледна точка на правото на обществените поръчки.

78. Много аргументи подкрепят извода, че в случай като настоящия се касае за сътрудничество между публични органи, което е освободено от обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка.

64 — Относно общата липса на правна сигурност във връзка с редица неопределени правни понятия и проблеми по отношение на разграничаването на критериите Teskal вж. също Jennert (посочен по-горе в бележка под линия 41, стр. 625 и 626), който приветства засиляването на правната сигурност благодарение на конкретните практически критерии в решението по това дело и същевременно посочва неразрешени въпроси, по-специално свързани с последващо прехвърляне на частноправни субекти на дялове от общинско дружество, на което много преди това е възложена поръчка за предоставяне на услуги в приложение на съдебната практика за вътрешно възлагане, и отбелязва, че прехвърлянето на дялове също попада в приложното поле на принципа за равно третиране и на задължението за прозрачност; Заключение на генералния адвокат Stix-Hackl, представено на 12 януари 2006 г. по дело Carbotermo и Consorzio Alisei (посочено по-горе в бележка под линия 11), точка 17; Söbbeke, „Zur Konzeption des Kontrollerfordernisses bei vergabefreien Eigengeschäften“, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, p. 996 et seq., p. 997, отбелязва, че неяснотите, които от решението по дело Teskal насам затрудняват прилагането на принципите на вътрешно възлагане като изключение от задължението за обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка, постепенно са намаляли с Решение по дело Stadt Halle и Решение по дело Carbotermo.

79. Противно на мнението на Coditel, във въпросния контекст не е от значение обстоятелството, че Brutélé предлага своите услуги на потребителите с търговска цел и по този начин автоматично е в конкуренция⁶⁵ с други, частни доставчици на услуги.

65 — За преценката също така не е релевантно, че такова почти вътрешно изпълнение на задачите изключва от конкурсната процедура за получаване на поръчката други дружества, които също биха изявиали готовност за изпълнение на въпросните задачи, тъй като този ефект е присъщ на почти вътрешното изпълнение на задачите (Egger, посочен по-горе в бележка под линия 2, стр. 163, точка 600).

6. По значението на междуобщинското сътрудничество

80. Макар по моя преценка на настоящите въпроси да е даден отговор, бих искала накратко още веднъж да подчертая заключението и едновременно с това да разгледам насрещните доводи на Coditel и на Комисията.

81. Правото на обществените поръчки е и остава един от най-влиятелните политически инструменти на държавите членки и на институциите на ЕС в процеса на европейска интеграция⁶⁶. Този потенциал обаче не бива да се използва необмислено. Необходимо е неговите цели да се съчетават с ценностите в други сфери на политиката.

82. Ако както предлагат препращащата юрисдикция, Coditel и Комисията, се изисква „пълна самостоятелност при вземане на решенията“ от страна на въпросната община, и то в смисъл че последната упражнява контрол върху междуобщинското сдружение (в конкретния случай контрол върху кооперативното дружество), то в бъдеще междуобщинското сътрудничество на практика би станало невъзможно. Действително, важен признак на истинското сътрудничество е принципът на равнопоставеност при вземането на решения, а не упражняването на контрол само от един от членуващите в кооперацията партньори. От становищата на

Coditel и на Комисията в производството и в съдебното заседание е ясно, че предложените от тези две страни критерии всъщност се свеждат до изискването отделната административно-териториална единица да може да упражнява почти *сама* контрол върху сдружението. Очевидно е, че в такъв случай действително не може да се говори за сътрудничество или за съвместна работа.

83. По този начин, както бе посочено, чистото междуобщинско сътрудничество на практика би станало невъзможно. В такъв случай сътрудническите си в рамките на междуобщинско сдружение административно-териториални единици би трябвало винаги да очакват, че е възможно да им се наложи да възложат задачите си на трети частноправни субекти, предлагащи по-добри условия, което би било равносложно на наложена със средствата на правото на обществените поръчки приватизация на задачи от общ интерес⁶⁷.

84. Ако първият критерий Teskal бъде схващан в толкова ограничителен смисъл, целите на правото на конкуренцията биха придобили неуместно голямо значение и същевременно това би било намеса

⁶⁶ — Bovis, *Public Procurement in the European Union*, 2005, p. 240.

⁶⁷ — Вж. също Заключение на генералния адвокат Kokott, представено на 1 март 2005 г. по дело Parking Brixen (посочено по-горе в бележка под линия 12), точка 68. В този смисъл в своя коментар по дело Parking Brixen Calsolaro също посочва, че практиката на Съда не трябва да се разбира като задължение за възлагане на дейности на външни подизпълнители (Calsolaro, „S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?“, in: *Foro Amministrativo (Consiglio di Stato)* 2006, p. 1670 et seq., по-специално p. 1674).

в правото на самоуправление на общините, а следователно и в правомощията на държавите членки⁶⁸.

85. Това с основание подчертават и участващите в производството пред Съда правителства. Правото на самоуправление на общините намира израз не само в законодателните разпоредби на държавите членки, но и, както германското правителство основателно изтъква, в подписаната от всички държави — членки на ЕС, в рамките на Съвета на Европа и ратифицирана от повечето от тях Европейска харта за местно самоуправление⁶⁹. Член 263 от Договора за ЕС предвижда Комитет на регионите, който се състои от представители на регионалните и местните власти. Наред с възможността чрез институционализирани механизми да се представят гледните точки на регионалните и местните власти, в тази разпоредба до известна степен се признава и тяхната самостоятелност. На последно място, Договорът от Лисабон⁷⁰ изтъква ролята

на регионалното и местното самоуправление за съответната национална идентичност, която трябва да бъде зачитана.

86. Общините сами трябва да решават дали ще изпълняват своите задачи от обществен интерес със собствените си административни, технически и други средства, без да са длъжни да прибегват до други субекти, които не са част от техните служби⁷¹, или ще ги изпълняват с помощта на субект, който юридически се различава от тях в качеството им на възложител или концедент. Ако изберат втората възможност, те отново имат свободата да се ограничат с изпълнението на тези по същество собствени задачи⁷² самостоятелно или в рамките на „чисто“ сътрудничество с други публични органи, „упражнявайки контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените служби“, като в такъв случай прилагането на правото на обществените поръчки и държавните помощи до голяма степен се спира⁷³, или да започнат тяхното изпъл-

68 — Вж. също Заключение на генералния адвокат Kokott, представено на 1 март 2005 г. по дело *Parking Brixen* (посочено по-горе в бележка под линия 12), точка 71. Не общото, а прекомерното прилагане на законодателството относно обществените поръчки по отношение на смесени публични дружества нахвърнява тези права на самоуправление (вж. също Egger, посочен по-горе в бележка под линия 2, стр. 168, точка 621). Вж. още Frenz, „*Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon*“, *Wettbewerb in Recht und Praxis* (WRP) 2008, p. 73 et seq., p. 85: местното самоуправление трябва да бъде запазено в своите основни структури, макар и да не може да пренебрегва основните свободи в ЕС.

69 — Посочена по-горе в бележка под линия 14. Член 6, параграф 1 от Европейската харта за местно самоуправление предвижда, че без да се изключва приложението на по-общи законови разпоредби, органите на местно самоуправление трябва да могат сами да определят вътрешните административни структури, които смятат да създадат, за да могат да ги приспособят към своите специфични нужди и за да осигурят ефективно управление.

70 — Договор от Лисабон за изменение на Договора за Европейския съюз и на Договора за създаване на Европейската общност, подписан в Лисабон на 13 декември 2007 г. (ОВ С 306, 2007 г., стр. 1), член 4а от бъдещия Договор за ЕС, който още не е влязъл в сила. В консолидирания текст на Договора за Европейския съюз и на Договора за функционирането на Европейския съюз (ОВ С 115, 2008 г., стр. 1) понастоящем член 4 от Договора за ЕС, който още не е влязъл в сила.

71 — Решение по дело *Stadt Halle и RPL Lochau* (посочено по-горе в бележка под линия 15), точка 48.

72 — Във връзка с това вторият критерий *Testcal* (извършване на основната част от дейността съвместно с публичния/публичните орган(и), който/които го притежава(т) допуска в известна степен изпълнението на задачи от трети правни субекти. Като пример може да се посочи от една страна (временен) използване на капацитета, но от друга например, както показва Решение по дело *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* (посочено по-горе в бележка под линия 26), системно (и уредено в законодателството) изпълнение на задачите съвместно с други публични органи (във въпросния случай съвместно с всички автономни области на Кралство Испания, въпреки че само четири от тях притежават малък дял от капитала).

73 — Jennert (цитиран по-горе в бележка под линия 41), стр. 626.

нение с участието на частен капитал⁷⁴ и/или като разширят своята пазарна насоченост и сами участват в конкурсната процедура за получаване на поръчката, което е свързано със загуба на привилегии⁷⁵. И на последно място, те разполагат с допълнителните възможности на класическото възлагане на дейности на подизпълнители или на приватизацията, при които така или иначе не съществува привилегия от гледна точка на правото на конкуренцията.

87. Изпълнението на многообразните традиционни⁷⁶ и нови⁷⁷ задачи, пред които са изправени общините и административно-териториалните единици като цяло, невинаги е лесно, особено в период на бюджетни ограничения, и по-специално

за по-малките⁷⁸ от тях. Освен това много задачи, в частност в областта на околната среда и транспорта, не са ограничени само в рамките на общината⁷⁹. За сметка на това поради синергичния си ефект междуобщинското сътрудничество без участие на частен капитал е използван в много държави членки начин за ефективно и рентабилно предоставяне на обществени услуги⁸⁰.

Б — Втори критерий Teckal

74 — Ако е необходимо, и с помощта на нужното външно ноу-хау.

75 — Jennert (цитиран по-горе в бележка под линия 41), стр. 626.

76 — Към повече или по-малко традиционните задачи на общините и на административно-териториалните единици би могло да спада и осигуряването на така наречените основни услуги, като например електрообезвреждане на отпадъците, учебни заведения и културни институции, както и лечебни заведения (като примери вж. също Frenz, посочен по-горе в бележка под линия 68, както и Papier, „Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht“, *Deutsche Verwaltungsblätter* (DVBl) 2003, p. 686 et seq.).

77 — Едно „статично“ определение на задачите от обществен интерес неоснователно не би отчело факта, че правата на гражданите по отношение на общините търпят промени, по-специално във времето. Освен това в общественото право на обществените поръчки понятието „задачи от обществен интерес“ не може да се отъждестви само със „задачи от областта на обществените услуги“. Така в Решение от 10 май 2001 г. по дело Agorà и Excelsior (C-223/99 и C-260/99, Recueil, стр. I-3605, точка 33 и сл.) Съдът отбелязва, че организирането на панаири и изложби представлява дейност от обществен интерес, тъй като се касае не само за интересите на изложителите и търговците, но и за стимул за търговията в резултат от информирането на потребителите (в контекста на тъкуването на член 1, буква б) от Директива 92/50, посочена по-горе в бележка под линия 15, във връзка с квалификацията като „публичноправен субект“, която е неприложима по дело Agorà и Excelsior, тъй като задачата не е преценена като задача „без търговски характер“).

88. Тук не е необходимо да се разглежда по-обстойно второто условие. Според препращащата юрисдикция в това отношение не съществуват въпроси⁸¹.

78 — Вж. също Kotschy, посочен по-горе в бележка под линия 37, стр. 853.

79 — Редица административно-териториални единици са изправени пред задачи с всеобхватен характер и трансрегионално значение, например в областта на обществения транспорт, развитието на селското стопанство и опазването на околната среда, при които сътрудничеството е естественото решение за изпълнението им. Пример за подобно сътрудничество може да се открие в Решение по дело Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) (посочено по-горе в бележка под линия 26).

80 — Освен становищата на правителствата, които са страни по делото, вж. също Söbbeke, цитиран по-горе в бележка под линия 64, стр. 999; Flömer/Tomerius, „Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt?“, *NZBau* 2004, p. 660 et seq., p. 661.

81 — Националната юрисдикция, която трябва да се произнесе по случая, очевидно може да открие всички необходими сведения в Решение по дело Carbotermo (посочено по-горе в бележка под линия 11, точка 70): „Когато няколко органа притежават едно предприятие, посоченото условие може да бъде изпълнено, ако това предприятие изпълнява основната част от дейността си не непременно с един или друг от тези органи, а с всички тях, взети като цяло.“

V — Заключение

89. С оглед на изложените съображения предлагам на Съда да отговори на трите поставени от Conseil d'État преюдициални въпроса по следния начин:

„Членове 12 ЕО, 43 ЕО и 49 ЕО, както и принципите за равно третиране, недопускане на дискриминация и прозрачност допускат членството на община в кооперативно дружество, както и прехвърлянето на управлението на общинската мрежа за телевизионно разпространение, без предварително обявяване на процедура за възлагане на обществена поръчка, ако тази община упражнява върху въпросното кооперативно дружество контрол, аналогичен на този, който упражнява върху собствените си служби, и кооперативното дружество изпълнява основната част от дейността си съвместно със своите членове. Ако това кооперативно дружество се състои изключително от общини и сдружения на общини (или публични органи) без никакво участие на частен капитал, това принципно показва, че е изпълнено условието за упражняване на контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените служби. При обстоятелства като настоящите контрол, упражняван върху уставните органи на кооперативното дружество, включващи представители на общините и на сдруженията на общини, като решенията се вземат с мнозинство, може да се прецени като контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените служби.“